

私法文库3

IUS PRIVATUM

意思表示解释理论

——精神科学视域中的私法推理理论

朱庆育 著

 中国政法大学出版社

私法文库

IUS PRIVATUM

Ⅲ

意思表示解释理论

——精神科学视域中的私法推理理论

朱庆育 著

中国政法大学出版社

2004·北京

图书在版编目(CIP)数据

意思表示解释理论:精神科学视域中的私法推理理论/朱庆育著.

—北京:中国政法大学出版社,2004.4

ISBN 7-5620-2579-7

I.意... II.朱... III.私法-推理-理论研究 IV.D91

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第033376号

- 书 名 意思表示解释理论
——精神科学视域中的私法推理理论
- 经 销 全国各地新华书店
- 出版发行 中国政法大学出版社
- 承 印 固安华明印刷厂
- 开 本 880×1230 1/32
- 印 张 11.375
- 字 数 290千字
- 印 数 0 001-3 000
- 版 本 2004年8月第1版 2004年8月第1次印刷
- 书 号 ISBN 7-5620-2579-7/D·2539
- 定 价 24.00元
- 社 址 北京市海淀区西土城路25号 邮政编码 100088
- 电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
- 电子信箱 zf5620@263.net
- 网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

私法文库编辑委员会

刘家安 田士永 朱庆育

作者简介

朱庆育，男，1973年8月生于江西省瑞金县。1994年获中国政法大学法学学士学位，后就职于检察院。1999、2002年获中国政法大学法学硕士、法学博士学位，后留校任教。2003年9月受聘为副教授。曾在《读书》、《比较法研究》、《政法论坛》、《中外法学》、《北大法律评论》、《法哲学与法社会学论丛》、《清华法学》等刊物发表文章十余篇。研究兴趣主要集中于民法学与法学方法论。

私法文库总序

知堂先生尝以“诗言志”与“文以载道”为脉，讲述中国文学史。载道无需多说，先生所以属意言志，倡文学自主论，乃心仪袁中郎“信腕信口，皆成律度”之风骨使然。后学如我等亦以为，倘使学术路向定于一尊，不论其如何铺陈宏阔，恐皆非学人之福。“独立之精神，自由之思想”，实乃学术之魂魄所系。是以，文库惟愿附骥先贤，于术业专攻之处，为求证私法学自由独立之品格，略尽绵薄。

文库既奉自由独立为圭臬，其旨便非策论制艺之术，而以独抒性灵、不拘格套为要；量度文章高下之标尺，亦非在学术之外，而依其知识品质为断。因此，文库所关心者，惟著述之问题意识、论证逻辑、知识贡献而已。至若是否阐道翼教，能否经邦济世，则未遑置论也。

学术乃天下之公器。私法之学虽系舶来，国人却似乎不必念兹在兹，严守夷夏大防、体用之别。窃以为，生活世界容有不同，学问却难分彼此。倘不以学问自身是尚，反强划邦国疆土之界，所谓私法学之自由独立，或终将幻

2 私法文库总序

为镜花水月。是故，文库无意别裁“中国人自己的”私法学，而宁垂空文，以求源本。

文事不易，尚祈学界贤哲不吝赐援。举凡私法理论研究之作，且合乎文库意旨者，皆在恭迎之列。文库得获面世，幸赖中国政法大学出版社鼎力襄助，其雅量卓识，令人感佩。

编者谨识

2003年2月

先生游南镇，一友指岩中花树问曰：天下无心外之物，如此花树，在深山中自开自落，于我心亦何相关？先生曰：你未看此花时，此花与汝心同归于寂；你来看此花时，则此花颜色一时明白起来。便知此花不在你的心外。

——王阳明全集·传习录下

目 录

私法文库总序	(1)
导论	(1)
第一节 问题意识	(1)
第二节 论证理路	(7)
第三节 术语界定	(10)
一、精神科学	(10)
二、解释	(16)
第一章 司法三段论结构检讨	(19)
第一节 法律推理史略	(19)
第二节 司法三段论之推理前提	(24)
一、独断的真值：作为大前提之法律规范	(24)
二、虚幻的客观：作为小前提之法律事实	(35)
第三节 司法三段论之推理系统	(46)
一、法律语言单义性幻像	(46)
二、法律体系一贯性幻像	(52)
三、法律体系自足性幻像	(56)
第四节 司法三段论之推理过程	(60)
一、涵摄与具体化	(60)
二、涵摄的不可能性	(65)

2 目 录

第二章 意思表示与法律行为	(70)
第一节 概念史略	(71)
第二节 法律行为中的“其他法律事实”	(78)
一、关于要物行为	(79)
二、关于登记行为	(89)
三、关于要式行为	(94)
第三节 作为“表达过程”的意思表示	(102)
第四节 所谓“无须意思表示之法律行为”	(107)
一、“事实契约”学说概略	(108)
二、“事实契约”理论检讨	(111)
三、意思实现与意思表示	(118)
第五节 小结	(121)
第三章 意思表示解释的普遍性	(123)
第一节 意思表示的理解与解释	(124)
一、学说概略	(124)
二、理解与解释	(128)
第二节 意思表示解释的语言性	(139)
一、意思表示与语言	(139)
二、语言工具论	(141)
三、语言本体论	(148)
四、波斯纳对加达默尔的误读	(151)
第四章 意思表示解释理论：私法推理的典型思维	(154)
第一节 方法论的法律解释学与私法推理	(155)
一、学说概略	(156)
二、解释与应用	(161)

第二节 私法一般规范之功能·····	(178)
一、 任意规范与私法自治·····	(179)
二、 私法自治与行为规范·····	(181)
三、 强制规范与行为规范·····	(189)
四、 典型法律行为之功能·····	(193)
五、 可能的质疑·····	(198)
第三节 小结：私法推理的典型思维·····	(199)
第五章 意思表示解释：通过游戏而实现·····	(202)
第一节 修辞学与法学研究·····	(203)
一、 修辞推理的重新发现·····	(204)
二、 修辞学史略·····	(205)
三、 佩雷尔曼的新修辞学·····	(217)
四、 修辞学于法律推理的典型意义·····	(221)
五、 哲学解释学与修辞学·····	(223)
第二节 游戏结构中的意思表示解释者·····	(226)
一、 众口铄金：法官之为惟一解释者·····	(226)
二、 基于既有见解理论脉络之检讨·····	(228)
三、 意思表示解释者：游戏者与观赏者·····	(237)
四、 所谓“补充解释”·····	(251)
第三节 意思表示解释目标·····	(252)
一、 意思主义与表示主义·····	(252)
二、 同气连枝的理论脉络·····	(265)
三、 拉伦茨的“规范意义”学说·····	(276)
四、 意思表示解释目标之重构：论辩中的视域交融·····	(281)
第四节 意思表示解释过程·····	(284)
一、 一般解释学的方法论观念·····	(284)

4 目 录

二、意思表示解释中的方法情结·····	(292)
三、解释方法的无效性·····	(296)
四、意思表示解释的“前理解”·····	(305)
五、解释学循环·····	(314)
结论·····	(320)
附录1 名词索引·····	(323)
附录2 文献索引·····	(336)
后 记·····	(350)

导 论

第一节 问题意识

在乌托邦国度，人们既无需为自己生活操心，且不必与他人争权夺利。每个人都将公共事务置于个人利益之上，彼此能够和睦相处。因此，乌托邦社会几乎不存在个人纠纷，很少的法律便为已足。^{〔1〕}由此反推，我们或可认为，法律正是为处理人类社会各种纠纷而设。在此意义上，我们可以理解，为何在现代法学方法的论辩中，法官如何得到正当裁判的问题“居中心地位”。^{〔2〕}裁判的正当性体现于裁判理由之中，而法律推理正是“在法律争辩中运用法律理由的过程”，^{〔3〕}所以，裁判如何作出，端赖于法官所使用的推理工具。

至少自法国大革命以后，在自然科学领域获得极大成功的形式逻辑三段论推理，一直统治着法律的推理思维，以至于司法三段论

〔1〕 [英] 托马斯·莫尔：《乌托邦》，戴镛龄译，商务印书馆，1997。

〔2〕 [德] Karl Larenz：《法学方法论》（以下简称：Larenz，法学方法论），陈爱娥译，五南图书出版公司，1996，第54页。

〔3〕 [美] 史蒂文·J. 伯顿：《法律和法律推理导论》，张志铭、解兴权译，中国政法大学出版社，1999，第1页。

2 意思表示解释理论

(judicial syllogism) 几乎成为法律推理方法之代名词。^[4] 依照该理论, “法官仅于二个客观的范围, 即法律和案件, 将其包摄作相互的安排及相互配置, 在此法官并不作价值判断。此为一种纯粹的客观认知概念。”^[5]

作为逻辑分析推理之典型, 三段论演绎系统由亚里士多德所创, 目的在于保证推理结论的必然性。^[6] 据佩雷尔曼 (Chaim Perelman) 概括, 形式逻辑分析推理的特点为: 从一个确定为真的前提出发, 在封闭的单义系统内进行形式推导, 得到必然为真的结论。^[7] 毋庸置疑, 法律推理欲沿袭三段论推理方式, 它就必须能够具备上述特点。因此, 司法三段论首先需要面对的追问将是: 法律推理之前提是否必然为真? 借以实现推理的法律语言是否具备单义性特质? 法律推理是否在价值无涉的封闭系统之内进行? 形式推理能否保证司法裁判的公正性? 等等。显然, 这些问题不可能就推理方式本身得到完满回答, 而必须置于整个法学理论脉络之中。

长时间以来, 法学理论在学术领域的地位一直极为尴尬: 作为主要关心规范判断问题的学科, 因其难以具备自然科学所要求的客观性, 而经常被排除在科学领域之外; 倘若承认它只是一门应用技术, 似乎又有损其学术品位。自然法学在各种法学理论中, 或称得

[4] 季卫东研究表明: 以全知全能法律观念、逻辑三段论推理模式为基本标志的法律决定论“是一个按照牛顿力学原理建立起来的法律空间。英国的古典分析法学、德国的历史法学、概念法学以及普通法学、法国的注释学派、甚至包括苏联的维辛斯基理论, 都不过是同一空间景象的不同描绘而已。”季卫东: “法律解释的真谛——探索实用法学的第三条道路”, 载氏著: 《法治秩序的建构》, 中国政法大学出版社, 1999, 第91-92页。

[5] [德] 亚图·考夫曼: 《法律哲学》, 刘幸义等译, 五南图书出版公司, 2000, 第30页。

[6] 王路: 《逻辑的观念》, 商务印书馆, 2000, 第32-33页。

[7] [比利时] Ch. 佩雷尔曼: “逻辑学与修辞学”, 许毅力译, 张兆梅校, 载《哲学译丛》, 1988年第4期, 第60页。

上是历史最为悠久者。考夫曼认为,“法哲学史在大的路径上,与自然法史是一致的。”〔8〕18世纪以前,自然法理论为法学科学性提供的正当化论证几乎从未受到有力的挑战。然而,随着经验主义科学的兴起,“可证实性”成为检验科学知识的惟一标准。在此标准之下,“一个名副其实的科学家是不容许猜测的:他必须由事实来证明他所说的每一句话。”〔9〕自然科学的观点是,“绝对观念”是有如上帝旨般无法证实的东西。于是,不仅直接与科学对峙的神学自然法丧失了合法性,一切奠立于先验绝对观念(自然理性、公意或客观精神等等)的自然法学亦渐呈凋零之势。颇具悖谬意味的是,虽然近代自然法为摆脱神学控制而“完全沉浸于唯理论的科学理解之中”,〔10〕但它依然无可避免地被自然科学打上了形而上学烙印、不能具备科学知识品格。〔11〕法国大革命虽以自然法之名,为法官裁判提供了逻辑三段论的科学推理方法,却终究未能解决法学的科学性问题的。

〔8〕〔德〕阿图尔·考夫曼:“法哲学的问题史”(以下简称:考夫曼,法哲学的问题史),载〔德〕阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》(以下简称:考夫曼/哈斯默尔,当代法哲学和法律理论导论),郑永流译,法律出版社,2002,第53页。

〔9〕〔英〕伊·拉卡托斯:《科学研究纲领方法论》,兰征译,上海译文出版社,1986,第3页。牛顿这一近代科学奠基人即以不作纯假说而感到自豪,他认为,事实证明了他的定律(第2页)。同时参见〔英〕W. C. 丹皮尔:《科学史·上》,李珩译,张今校,商务印书馆,1997,第251页。

〔10〕考夫曼,法哲学的问题史,第78页。

〔11〕即使在波普以“可证伪性”取代“可证实性”而成为检验科学知识的标准之后,自然法学仍未能在科学标准之下去除其独断性质,因为先验的自然法同样是不可证伪的。关于波普对牛顿传统科学观念的批评及其证伪理论,参见,〔英〕卡尔·波普:《猜想与反驳——科学知识的增长》,傅季重等译,上海译文出版社,1986;同一作者:《客观知识——一个进化论的研究》,舒炜光等译,上海译文出版社,1986。

4 意思表示解释理论

讲求“精确”的法实证主义^[12]所采取的策略是，将道德等价值因素排除出法律科学之外，直接以实证法规范作为法律逻辑推理的有效前提。然而，正如事实所表明的，在以自然科学为模型的科学观念之下，无论法学家们如何努力，法学依然徘徊于科学的边缘。我以为，其原因非在于法实证主义未能在方法论上彻底引进科学推理方法，而在于，自然科学的推理方法与其真理观念相适应。具体而言，自然科学之逻辑推理方法乃为发现“客观真理”而设，当法学家使用自然科学的逻辑推理工具之时，亦不可避免地以其本体论上的真理观为理论预设。自然科学却似乎不愿意与法学分享其真理要求。在它看来，法学所关心的，只是以规范判断形式表现出来的应然问题，非事实判断的客观真理问题。在此意义上，我们似乎可以认为，方法论与本体论之间的断裂，贯穿了法实证主义的整个历史。相应地，如果说自然法理论因其容易偏向实体本体论，而无法摆脱形而上学之弊，那么，称“法实证主义是一种没有本体论的法学理论”，当亦不为过。考夫曼为该论断提供了佐证：

实证主义辉煌的进展，致使实体法哲学在黑格尔死后完全停顿下来。取而代之的是所谓的一般法的学说（Allgemeine Rechtslehre），它限于强调先在的基本概念：法律关系（Rechtsverhältnis），法律主体（Rechtssubjekt），法律规范……和基本结构：因果性，有效性，体系……，将一切法的内容上的哲学依据视作空想的而加以拒绝。^[13]

许多学者已基于各自视角，对自然科学推理模式在法律领域的

[12] 郑永流：“法哲学是什么？”，载郑永流主编：《法哲学与法社会学论丛（一）》，中国政法大学出版社，1998，第33页。

[13] 考夫曼，法哲学的问题史，第113页。

有效性表示了怀疑。本书的问题意识是：不与自然科学分享本体理论的法学，如何能够在方法论上有效地援引其推理方式？我以为，倘不从包括本体论在内的整个法学理论来重新检讨法律推理问题，而一味地希望自然科学方法论能够支撑起法学的学术品格，那么，法学家们无论表现得如何殚精竭虑，也许都只不过是追求海市蜃楼式的幻觉。就此而言，将属于方法论领域的法律推理理论置于法学本体论框架之下进行讨论，于我们重新认识法学之学术性质或能够有所助益。

法律推理不可能脱离具体法域。本书之法律推理理论即在私法领域展开。民法学观念史显示，以自治为核心的理念，乃至此为止的私法赖以生成与塑型之根基。因此，除非意在重新构造私法品格，否则，自治理念理当成为私法论域中可接受的论辩前提。所谓私法自治，简而言之，是指“各个主体根据他的意志自主形成法律关系的原则”。^[14]由此出发，梅迪库斯適切指出，旨在实现法律效果的法律行为（意思表示）是“私法自治的工具”，“法律行为是每个人形成其法律关系的手段，因此它是私法的核心概念”。^[15]这意味着，在以确定法律效果为旨归的私法适用中，法律行为（意思表示）将处于关键地位。是以，讨论私法推理之典型思维，自当以法律行为（意思表示）为出发点。

私法构成向有法律规范与法律事实之二分。依学者一般看法，法律行为（意思表示）是被当作法律事实来定义的。法律事实之意义在于，根据逻辑规则，只有当它充足了法律要件的构成时，才能够获得法律规范设定的相应法律效果。可见，法律事实与法律规范

[14] [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》（以下简称：梅迪库斯，德国民法总论），邵建东译，法律出版社，2000，第142页。同时参见，王泽鉴：《民法总论·增订版》，中国政法大学出版社，2001，第245页以下。

[15] 梅迪库斯，德国民法总论，第138、142-143页。